

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 32 (1913)

Artikel: Aus dem Besitzrecht des ZGB

Autor: van Kan, J.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896531>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 13.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Aus dem Besitzrecht des ZGB.

Von J. VAN KAN, Amsterdam.

Die schweizerische Kodifikation ist nicht nur ein nationales Ereignis. Die gesetzgeberische, ausserordentlich gepflegte Ausbildung eines Rechtssystems, das in verschiedenartiger Hinsicht, ganz besonders in seiner formellen Fassung, manchmal aber auch materiellrechtlich als modernes Musterrecht zu betrachten ist, hat ihre internationale Bedeutung für alle Kulturländer, speziell für diejenigen, welche — wie dies auch in meiner Heimat der Fall ist — von einer allgemeinen Revision ihrer privatrechtlichen Gesetzgebung in Anspruch genommen werden. So geht auch in Holland die wissenschaftliche juristische Tätigkeit vor wie nach auf das ZGB hinaus. Als ich mich nun mit dem Studium des neuen schweizerischen Besitzrechtes zu beschäftigen hatte, wurde meine Aufmerksamkeit auf einige Fragen gelenkt, deren Besprechung, wie es mir vorkommt, für das schweizerische juristische Publikum nicht ohne Interesse sein dürfte.

Die erste Frage wird von der schweizerischen Literatur über das neue Besitzrecht veranlasst: Gibt es nach dem ZGB neben den Fällen des Besitzes noch ein juristisch relevantes Detentionsverhältnis oder ist dasselbe im neuen Gesetz beseitigt?

Die Detention als juristisches Institut hat überhaupt in der Doktrin eine mehr oder weniger gehemmte Entwicklungsgeschichte durchlaufen. Seitdem bekanntlich Savigny der Detention alle unmittelbare rechtliche Bedeutung genommen und dieselbe zu einem Zustand herab-

gedrückt hat, welcher an sich durchaus kein Gegenstand der Gesetzgebung, „kein juristischer Begriff“¹⁾ ist, hat auch in dieser Hinsicht die Jurisprudenz lange unter dem Reize der Savigny'schen Lehre gestanden. Jedoch hat eine spätere, von Bähr, Jhering und Goldschmidt vertretene Tendenz die juristische Bedeutungslosigkeit der Detention auch für das römische Recht zurückgewiesen und den Beweis für die eigene selbständige Stellung, welche die Detention im Rechtssysteme einnimmt und welche praktisch durch eigene Rechtsmittel geschützt wird, erbracht.²⁾ Übrigens haben die älteren und neueren Gesetzgebungen trotz der Savigny'schen Lehre ziemlich allgemein diesen Weg befolgt. Das spätere kanonische Recht und, wahrscheinlich im Anschluss daran, das gemeine Recht haben die Detention mit der *actio spolii* ausgestattet; das pr. ALR (I, 7) mit dem Anspruch aus § 162 und der Selbsthilfe (§§ 141 bis 143); der Code civil, nach fast allgemein anerkannter und regelmässig von der Cour de Cassation bestätigter Lehre, mit der *réintégrande*; das niederländische BG mit dem Anspruch aus Art. 619;³⁾ das österreichische BG nach einer viel verbreiteten, zwar auch bestrittenen, Meinung mit dem Anspruch aus § 339;⁴⁾ der italienische Codice civile nach unbestittener Auffassung mit der *reintegrazione* des Art. 695;⁵⁾ ebenso das spanische BG Art 446, und mit sehr klarem Wortlaut das sächsische BG § 208, sowie das japanische BG, Art. 197. Dazu hat das BGB, dem der ungarische Entwurf wieder

¹⁾ Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. Wien 1865, S. 26.

²⁾ Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München und Leipzig 1883, S. 40; Jhering, Der Besitzwille, Jena 1889, S. 47 f.; Goldschmidt, Die Grundlagen der Besitzlehre, in Vermischten Schriften, Berlin 1901 I S. 97 f.

³⁾ Die Frage ist zwar auch hier bestritten. Vgl. Asser-Scholten, Nederl. Burgerl. Recht, Zwolle 1905 II, S. 59.

⁴⁾ Vgl. Randa § 7 n. 2.

⁵⁾ Cesareo Consolo, Trattato del possesso, Torino 1909, Nr. 474; Guelfi, Diritti reali, Roma 1910, S. 306.

gefolgt ist (§§ 510, 518), einen, wenn auch sehr eingeschränkten, Detentionsbegriff beibehalten: die unselbständige Detention oder Besitzdienerschaft des § 855, welche geschützt wird von der Selbsthilfe des § 860, dazu aber wohl noch eine nicht umschriebene selbständige Detention, welche den Schutz aus §§ 227 bis 229 genießt.

Im schweizerischen Bundesrecht hat zunächst das OR (§§ 199 fg.) den Standpunkt eingenommen, dass die Inhabung gesetzgeberisch nicht zu entbehren sei. Wie verhält sich nun die Sache nach dem Rechte des ZGB? Die Mehrheit der Kommentatoren antwortet auf diese Frage ohne Bedenken mit der Zuerkennung des Schutzmittels aus Art. 926 für die Fälle von tatsächlicher Inhabung, die den sonstigen Rechtsschutz entbehren.⁶⁾ Damit wäre der Detention nebst dem Besitz (selbständigem und unselbständigem) ein Platz im Rechtssysteme des ZGB gewahrt. Eben diese Tendenz der schweizerischen juristischen Literatur hat die vorliegende Besprechung veranlasst, denn es lässt sich nachweisen, dass dem ZGB jedes rechtlich relevante Detentionsverhältnis völlig fremd ist, womit die herrschende Ansicht als irrig und dem Geiste des ZGB widersprechend zu betrachten ist.

Das Gesetz schweigt von jeder Inhabung und die Geschichte dieses Schweigens ist überzeugend. Bekanntlich hat die Departementalkommission anfangs die rechtliche Anerkennung der Detention beabsichtigt.⁷⁾ Eine allseits befriedigende Formulierung für die Abgrenzung der Fälle konnte aber nicht gewonnen werden. Bei dieser

⁶⁾ Wieland, Sachenrecht, Zürich 1909, Anm. 3a zu Art. 926; Rossel et Mentha, Droit civil suisse, Lausanne, II S. 345; Tuor, Das neue Recht, Zürich 1912, S. 318. Anders Ostertag, Sachenrecht, Bern 1912, Anm. 4 zu Art. 926.

⁷⁾ Im ersten Vorschlag hiess es: „er (der Inhaber) ist befugt, sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren“. Später: „er ist jedem Dritten gegenüber befugt, sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren“. Vgl. Erläuterungen zum Vorentwurf, Bern 1902, S. 359.

Sachlage standen dem Entwurf zwei Wege offen: entweder den Begriff beizubehalten, seine Abgrenzung jedoch der Wissenschaft und der Praxis zu überlassen, oder aber den ganzen Detentionsbegriff und seine rechtliche Bedeutung über den Haufen zu werfen. Die bisherige Literatur des ZGB hat angenommen, dass der erstere Weg befolgt worden sei. In Wirklichkeit wurde der letztere eingeschlagen. Die formelle Schwierigkeit der Formulierung wurde die Veranlassung zur radikalen Streichung des Instituts. Die Erläuterungen fassen eingehend die verschiedenen Detentionsmöglichkeiten ins Auge und kommen nach der Analyse der einzelnen Fälle zum Endergebnis, dass dem Inhaber entweder ein Recht zur Gewalt über die Sache, kraft einer persönlichen oder dinglichen Rechtsstellung, zukommt — und in diesem Falle ist er als Besitzer zu bezeichnen; oder dass jede Rechtsstellung fehlt — und dann ist überhaupt kein schutzwürdiges Verhältnis vorhanden.⁸⁾ Die Lehre wird sehr klar zusammengefasst in diesen Worten: „Was für die Rechtsordnung Bedeutung erhält, ist stets der Besitz, und zwar ohne jede weitere als die äussere Charakterisierung. Was dagegen rechtlich gar nicht anerkannt sein will, hat für die Rechtsordnung keine Bedeutung.“⁹⁾ Zwar wird damit die Detention als faktisches soziales Phänomen nicht verneint — es wäre dazu ein Rechtssystem auch völlig unbefugt —, aber jede denkbare rechtliche Bedeutung wird der Detention genommen. „Dass ein Unterschied zwischen der körperlichen Innehabung und einem engeren, irgendwie zu umschreibenden Besitzverhältnis gemacht wird, ist ja gewiss begründet, allein nur nach einer Richtung, die für die Wirkung des Besitzes im Verkehr gar keine Bedeutung hat.“¹⁰⁾ Der Standpunkt wird noch einmal, kurzgefasst, betont in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 28. Mai 1904: „Weitere Unterschei-

⁸⁾ Erläuterungen, S. 359 bis 362.

⁹⁾ Erläuterungen, S. 353.

¹⁰⁾ Ibid.

dungen (ausser dem selbständigen und dem unselbständigen Besitz), in bezug auf den Besitz der Dienstboten und Handwerker an Sachen, die ihnen anvertraut sind, u. a. konnten, weil von keinem praktischen Bedürfnis gefordert, füglich unterbleiben“.¹¹⁾ Die späteren Beratungen haben an dieser Sachlage nichts geändert. Das ZGB kennt also nur die beiden Besitzpositionen des Art. 920 und für eine dritte ist in seinem Besitzsysteme kein Raum. Wenn Art. 926 „jedem Besitzer“ die Befugnis erteilt, sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt zu erwehren, so können damit hier wie sonst im Gesetz nur der selbständige und der unselbständige Besitzer gemeint sein.

Mit diesem Ergebnis gewinnt die Frage nach der genauen Feststellung der beiden anerkannten Besitzpositionen an Wichtigkeit. Damit gelangen wir zu dem anderen Punkt, über welchen wir uns aussprechen möchten. Hier ist es nicht die Literatur, sondern das Gesetz selbst, das die Besprechung veranlasst.

Art. 920 bestimmt den selbständigen und den unselbständigen Besitz. Vor Allem ist die Terminologie nicht völlig befriedigend. Die Bezeichnung „selbständiger Besitz“ leidet an dem umgekehrten Übel, das dem Ausdruck „mittelbarer Besitz“ des BGB eigen ist. Dieser passt vollständig im zusammengesetzten Besitzverhältnis, wenn zwei (oder mehrere) Besitzsubjekte vorhanden sind, wenn also der Eine die Sache „unmittelbar“, der Andere „mittelbar“ besitzt, d. h. den Besitz mittelst des direkten Besitzers ausübt. Im einfachen Besitzverhältnis jedoch treffen die beiden Begriffe zusammen, werden die beiden Kasus in eine einzige Hand gebracht; der mittelbare Besitzer ist sozusagen sein eigener unmittelbarer Besitzer. Man wird also dazu verpflichtet, die Benennung Besitz neben den Ausdrücken mittelbaren und unmittelbaren Besitz beizubehalten. Die Bezeichnung „selbständiger Besitz“ passt umgekehrt ausschliesslich zum ein-

¹¹⁾ Bundesblatt 1904 IV S. 92.

fachen Besitzverhältnis. Nur in diesem Falle ist Besitz vorhanden, „der ohne jede Abhängigkeit von einem Anderen ausgeübt wird“.¹²⁾ Im mehrfachen Besitzverhältnis sind die beiden Besitzsubjekte, soviel die Besitzausübung anbelangt, von einander abhängig. Die Ausdrucksweise „selbständiger Besitz“ ist ungeeignet zur Andeutung des einen Besitzsubjektes. Die Bemerkung ist um so treffender, als dem Wortlaut des zweiten Abschnittes des Art. 920 gemäss („der andere“ setzt den Gegensatz „der eine“ voraus), wie sich übrigens aus den Erläuterungen und den Beratungen ergibt, in erster Linie, ja vielleicht sogar ausschliesslich, das zusammengesetzte Besitzverhältnis ins Auge gefasst wurde.¹³⁾

Gefährlicher als diese ungenaue Terminologie ist die ungenaue Wortwahl des zweiten Abschnittes des Art. 920. Die Hauptschuld daran trägt der mühsame Geburtsakt des Artikels. Im Vorentwurf 1899, sowie in früheren Lesungen, fehlte in dem mit Art. 920 ZGB übereinstimmenden Artikel (1019) der zweite Abschnitt. Der Entwurf 1900 erschien mit einem ebenfalls unveränderten Artikel 962, jedoch mit dem Marginale „selbständiger und unselbständiger Besitz“. Ein Vorschlag in der Expertenkommission, dem Huber sich anschloss,¹⁴⁾ brachte die Unterscheidung in den Text; demgemäss enthielt der Entwurf 1904 den Artikel 958 mit den beiden Sätzen. Später wurde der zweite Abschnitt noch einmal vom Natio-

¹²⁾ Erläuterungen III S. 357.

¹³⁾ Erläuterungen III S. 357 bis 358; Botschaft des Bundesrates a. a. O. und Hubers Erklärung in der Expertenkommission III bis IV S. 376.

¹⁴⁾ Sitzung des 27. April 1903. Protokolle III bis IV S. 377. Dass diese Abänderung sehr erwünscht war, ergab sich bereits sofort aus einer Bemerkung des Prof. Zycha in dieser Zeitschrift 1903 (44. Band) S. 77, Note 6: „Die Randrubrik zu Art. 962 spricht von „selbständigem“ und „unselbständigem Besitz“, ohne dass sich aber erkennen liesse, auf welche Kategorie der eine und der andere Ausdruck Bezug hat.“

nalrat gestrichen,¹⁵⁾ nachher jedoch vom Ständerat wieder aufgenommen,¹⁶⁾ welchem Beschluss der Nationalrats schliesslich beipflichtete.¹⁷⁾ Man hat also diesen zweiten Absatz des Artikels hin- und hergeschleppt, und dieses Herumzerren hat der Redaktion so sehr geschadet, dass die Bestimmung schliesslich ganz etwas anderes enthält als bezweckt wurde.

Die Absicht wird klar aus dem Zusammenhange und aus den Beratungen. Art. 920 bestimmt die Besitzpositionen für die Fälle der mehrfachen Besitzverhältnisse an derselben Sache. Die Regelung wurde ganz im Geiste des § 868 BGB gemeint. Nur weil man die Terminologie nicht zureichend fand, wurden die deutschen Bezeichnungen nicht übernommen. In den Erläuterungen heisst es: „Der mittelbare Besitz des deutschen BGB oder der selbständige Besitz nach dem Entwurf ist ihm gewahrt“¹⁸⁾ In der Expertenkommission hat Huber sich ebenfalls deutlich ausgesprochen: „Das BGB verwende die Bezeichnung mittelbarer und unmittelbarer Besitz; in der Theorie und Praxis habe dies Schwierigkeiten gemacht, weil die Frage offen gelassen sei, ob die Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit auf den Rechtsgrund oder auf die tatsächliche Gewalt bezogen werden müsse.“¹⁹⁾ Einander gegenüber gestellt werden, ganz wie nach der Regelung des BGB, die beiden Besitzsubjekte, von denen jeder in einer eigentümlichen Beziehung zur Sache steht. Die Verkehrsgebärde des einen Besitzsubjektes, das die Sache dem andern Besitzsubjekte überreicht, wird in dem ersten Satz genau qualifiziert als „die Sache einem andern zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht übertragen“. Der

¹⁵⁾ Sitzung des 15. November 1906. Stenogr. Bulletin 1906 S. 1012.

¹⁶⁾ Sitzung des 8. April 1907. Stenogr. Bulletin 1907 S. 94.

¹⁷⁾ Sitzung des 7. Juni 1907. Stenogr. Bulletin 1907 S. 344.

¹⁸⁾ Erläuterungen III S. 358.

¹⁹⁾ Protokolle III bis IV, S. 376. Vgl. auch Zycha a. a. O. S. 77.

zweite Absatz bezweckt die Feststellung der Terminologie für die im ersten Abschnitt angewiesenen Positionen, er ist überhaupt nichts anderes als ein terminologisches Marginale zum ersten Absatz. Der Umfang der dort angedeuteten Begriffe sollte dieser Auffassung gemäss vollständig bestimmt werden von dem Inhalt des ersten Satzes. Demgemäss hätte die Fassung lauten müssen: „Wer eine Sache einem andern zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht übertragen, hat selbständigen, der andere unselbständigen Besitz.“ Genau so hat Huber es auch in der Expertenkommission erklärt: „Unter dem selbständigen Besitzer sei der zu verstehen, der die Sache zu einem beschränkten dinglichen oder persönlichen Recht übertrage, unter dem unselbständigen Besitzer der Empfänger“. ²⁰⁾ Und der Vater des Antrages, dem der zweite Absatz das Leben verdankt, das Kommissionsmitglied Weber, hatte wesentlich nicht anders formuliert: „Es wäre zweckmässig, die Begriffe des selbständigen und unselbständigen Besitzes in den Text des Artikels selbst aufzunehmen, etwa wie folgt: Im Verhältnis untereinander aber hat derjenige, dem die Sache von einem andern übertragen ist, nur unselbständigen Besitz“. ²¹⁾ Dieser Antrag wurde angenommen, ist aber durch Missverständnis nicht ins Gesetz aufgenommen worden. Der französische Referent, Prof. Rossel, schlug nämlich vor, die Redaktion näher zu überlegen. Der Artikel taucht dann wieder auf im Entwurf 1904, nachdem man die Redaktion näher geprüft hatte, in der Form, welche, ausser einer unbedeutenden Abänderung in der Wortstellung, in das Gesetz übergegangen ist: Wer eine Sache als Eigentümer besitzt, hat selbständigen, der andere unselbständigen Besitz. Aber das bedeutet ganz etwas anderes! Die Begriffe „eine Sache als Eigentümer besitzen“ und „eine Sache einem andern zu einem beschränkten dinglichen oder persönlichen Recht übertragen“ decken

²⁰⁾ Protokolle a. a. O.

²¹⁾ Protokolle III bis IV S. 377.

einander durchaus nicht; die bewegen sich in entgegengesetzter Richtung.

Schon deswegen ist die Redensart „als Eigentümer besitzen“ verfehlt, weil sie sich beschränkt auf den Sachbesitz des ersten Absatzes des Art. 919 und zum Rechtsbesitze des zweiten Absatzes nicht passt. Mit dieser Ungenauigkeit würde man sich jedoch leicht abfinden, wenn nicht ein viel schlimmerer Irrtum vorläge.

Denn was bedeutet „als Eigentümer besitzen“? In der Sprache des Besitzrechtes hat dieser Ausdruck einen seit Jahrhunderten üblichen, jedem Juristen eigen gewordenen Sinn, nämlich: wie ein Eigentümer besitzen. Damit wird seit Savigny ganz allgemein, aber auch schon längst vorher, der *animus domini*, als das zum Besitz erforderliche spezielle Willensmoment, bezeichnet. Wäre Art. 920 so zu verstehen, so würde das nichts weniger bedeuten, als die Rückkehr des *animus domini* in das System des ZGB. Von den bisher erschienenen Kommentatoren wird wirklich diese Meinung von E. Curti-Forrer vertreten: „als Eigentümer“ bedeute: mit dem Willen die Sache als Eigentümer zu haben.²²⁾ Sie muss jedoch unter Berufung auf den in Art. 919 formulierten Grundgedanken des neuen Besitzrechtes, sowie auf die in den Vorarbeiten ganz klar ausgesprochenen Ansichten mit aller Entschiedenheit zurückgewiesen werden. Die Begriffsumschreibung des Besitzes als die tatsächliche Gewalt über eine Sache duldet als Besitzerfordernis keinen anderen als den Willen, die tatsächliche Gewalt zu betätigen, also eben so wenig den *animus domini* wie einen sonstigen speziellen Besitzwillen. Der Wortlaut des Gesetzes ist entscheidend, und fast alle Kommentatoren sind darüber einig.²³⁾ Die Erläuterungen

²²⁾ Schweiz.ZGB mit Erläut., Zürich 1911, Anmerk.zu Art. 920.

²³⁾ Wieland, Anm. 1 c. zu Art. 919; Ostertag, Anm. 13 bis 15 zu Art. 919; Tuor, S. 314 f.; Auch Cornil, *Traité de la possession*, Paris 1905, S. 88 N. 1; Saleilles, *Possession des meubles*, Paris 1907, S. 2 bis 3. Rossel et Mentha und A. Curti, *Sachenrecht*, Zürich 1910, sprechen sich nicht aus, nehmen aber diesen Standpunkt wohl als selbstredend an.

lassen für irgend einen Zweifel keinen Raum: „Zunächst findet mit der Umschreibung des Besitzes rein nach der tatsächlichen Beziehung der Herrschaft über die Sache und ohne jede Heranziehung eines Willens der Person selbst, der über den Willen zur Betätigung der Gewalt über die Sache hinausginge, eine Erweiterung des Besitzbegriffes statt, die geeignet ist, die Bedeutung des Besitzes für den Rechtsverkehr in einfacher und klarer Weise zu fixieren. Unsere kantonalen Rechte folgen schon jetzt durchaus nicht unbedingt der gemeinrechtlichen Besitzumschreibung. Sie entfernen sich von ihr mit den verschiedensten Versuchen, den sogenannten „animus“ weiter zu fassen oder also das körperliche Moment mehr hervortreten zu lassen. Der hierin sich manifestierende Gedanke erhält aber erst konsequente Anerkennung, wenn überhaupt die Absicht des Gewalthabers, weil im Verkehrsleben nicht erkennbar, als für den Besitzbegriff irrelevant bezeichnet wird. Es kann dieses Moment für die beteiligten, d. h. für die Beziehung unter ihnen selbst, je nach Umständen von grosser Bedeutung sein. Für die Wirkung des Besitzes in der Rechtsordnung ist es unwesentlich. Hier hat man nur mit der äusserlich wahrnehmbaren Gewalt über die Sache zu rechnen. Damit fallen, und dies ist ein praktisch eminenter Vorteil dieser Ordnung, alle die Schwierigkeiten in der Feststellung des „animus possidendi“ dahin.“²⁴⁾ Es ist absolut unzulässig, anzunehmen, dass der animus domini, welcher mit jedem andern speziellen Besitzwillen zur Vordertür hinausgewiesen und vom Grundbegriffe des Besitzes ferngehalten wird, sich gleich darauf im Art. 920 wieder durch die Hintertür hineingeschlichen hätte. Dem klaren und einfachen Besitzbegriffe des Art. 919 wäre damit ein neues, überflüssiges, vom System abgelehntes Erfordernis hinzugefügt, womit das System selbst gefährdet und verdorben würde.

²⁴⁾ Erläuterungen III S. 352 bis 353.

Wir wollen versuchen, dem Ausdruck „als Eigentümer besitzen“ eine andere Bedeutung beizulegen. Dem Sprachgebrauche gemäss könnte damit auch bezeichnet werden der Besitz in der Qualität des Eigentümers, à titre de propriétaire, der Besitz zu Eigentum, oder, wie man es üblich einfach ausdrückt, der Eigenbesitz. So hat auch die Mehrheit der Kommentatoren die Sache aufgenommen.²⁵⁾ Das gibt freilich schon einen besseren Sinn. Aber es fragt sich sofort, warum denn der selbständige Besitz auf die Fälle des Eigenbesitzes beschränkt werden solle. Ausser dem Eigentümer gibt es eine ganze Reihe Besitzer, die der Anerkennung als selbständige Besitzer umsomehr bedürfen, eben weil ihnen der Eigentumsschutz nicht zu Diensten steht. Nicht nur werden dabei, wie schon Oster-tag bemerkt,²⁶⁾ alle die Fälle vernachlässigt, wo der un-selbständige Besitzer seinen Besitz von einer Zwischen-person ableitet, die Fälle der Aftermiete, der Miete, Verpfändung, Leihe oder Deposition durch den Niessbraucher, resp. durch den Pfandgläubiger und dergleichen, sondern der ganze gutgläubige sowie der bösgläubige Besitz fallen aus dem Rahmen des selbständigen Besitzes heraus. Wenn also diese Interpretation des besprochenen Artikels zwar nicht so absolut als unannehmbar erscheint, wie die vorher geprüfte, so schafft sie doch noch keine befriedigende Lösung.²⁷⁾

²⁵⁾ Rossel et Mentha II. S. 339; Wieland, Anm. 1 zu Art. 920; Ostertag, Anm. 2 zu Art. 920; Tuor, S. 317; A. Curti, S. 194.

²⁶⁾ l. c.

²⁷⁾ Wahrscheinlich in Anschluss an das ZGB schlägt der Russische Entwurf (die zweite Lesung wurde im Jahre 1905 veröffentlicht) § 879 vor: „Wer eine Sache als seine eigene besitzt, hat einen selbständigen Besitz (Eigenbesitz). Jeder andere Besitz, kraft eines dinglichen oder obligatorischen Rechts gilt als abgeleitet.“ Der Fehler ist hier noch deutlicher, weil dem Eigenbesitz der Besitz kraft eines dinglichen oder obligatorischen Verhältnisses als „jeder andere Besitz“ entgegengestellt wird. Der gutgläubige und der bösgläubige Besitzer besitzen die Sache weder

Die Folgen des besprochenen redaktionellen Fehlers sind nicht ausgeblieben. Schon jetzt fängt die Doktrin des selbständigen Besitzes an düstere Flecken zu zeigen, welche gewiss auch der Praxis des ZGB schaden werden. Schon hat A. Curti den selbständigen mit dem Eigenbesitz und den unselbständigen mit dem Fremdbesitz völlig identifiziert.²⁸⁾ Schon hat Tuor dem Mieter im Falle der Untermiete ohne jede Unterscheidung unselbständigen Besitz zugeschrieben.²⁹⁾ Auf viel schlimmere Irrwege sind aber Wieland und E. Curti-Forrer geraten, wenn sie neben den Begriffen des selbständigen und unselbständigen Besitzes auch noch diejenigen des mittelbaren und unmittelbaren Besitzes einführen wollen,³⁰⁾ deren Kasuistik sich kreuzt. Eine solche Auffassung verkennt völlig die Geschichte des Art. 920 und bringt das einheitliche System des neuen Besitzrechtes in ernste Gefahr.

Wir ziehen die Folgerung, dass der Artikel 920 unmöglich nach seinem Wortlaut verstanden werden kann, da dieser entweder zu Konsequenzen führt, welche das Besitzsystem des Gesetzbuches gänzlich zerstören, oder doch wenigstens in doppelter Hinsicht als sehr unvollständig zu betrachten ist. Die Fassung des zweiten Absatzes von Art 920 ist vielmehr als ein Versehen der Gesetzesredaktion anzusehen und muss als dem Geiste des neuen Besitzrechtes widersprechend ausser Betracht bleiben, und zwar nicht nur für die Bestimmung des Besitzbegriffes überhaupt, sondern auch für die Feststellung

als eigene, noch kraft eines dinglichen oder obligatorischen Rechts. Dass übrigens „als seine eigene besitzen“ auch hier nicht den *animus domini* bezeichnen kann, ergibt sich aus dem Entwurfe selbst, § 878: „Der Besitz wird erworben durch die Erlangung der Gewalt über eine Sache mit dem Willen die Sache für sich zu besitzen.“

²⁸⁾ S. 194.

²⁹⁾ S. 318.

³⁰⁾ Wieland, Anm. 2 zu Art. 920; E. Curti-Forrer, Anm. 6 zu Art. 920.

des selbständigen und des unselbständigen Besitzes. Die leitenden und wesentlichen Andeutungen sind im Art. 919 und in dem ersten Satz des Art. 920 enthalten. Demgemäss wird als selbständiger Besitzer jeder zu betrachten sein, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat und dieselbe einem anderen zu einem beschränkten dinglichen oder einem persönlichen Recht übertragen hat, einerlei ob er Eigentümer sei oder nicht, und ob er den Willen hat, die Sache als Eigentümer zu haben oder nicht.

